ANNALES
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN—POLONIA

VOL. XXXVIII, 5 SECTIO G 1991

Uniwersytet Tohoku, Sendai, Japonia

Tokiyasu FUJITA

Rechtsprobleme der informalen Handlungsform der Verwaltung in Japan im Vergleich mit dem Stand der Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland

Prawne problemy nieformalnych działań administracji w Japonii

I

Im Jahre 1982 habe ich in der Zeitschrift „Die Verwaltung" (15. Band 1982 Heft 2) einen Aufsatz veröffentlicht, der sich auf ein Hauptmittel der gegenwärtigen Verwaltung in Japan, „Gyoseishido", bezieht. Gyoseishido (auf Englisch manchmal auch *administrative guidance* genannt) stellt keine bestimmte Handlungsform der Verwaltung, wie etwa der Verwaltungsakt oder der Verwaltungsvertrag, dar. Er ist vielmehr ein Oberbegriff für zahlreiche Formen von Einzelmaßnahmen, die gekennzeichnet sind durch ihre rechtliche Unverbindlichkeit einerseits und durch ihre tatsächliche Wirkungskraft gegenüber dem Adressaten andererseits. So stellen z.B. alle Anleitungen, Ratschläge, Aufforderungen, Bitten, Vorschläge, Empfehlungen, Warnungen, Ermahnungen oder Hinweise usw. durch Behörden Gyoseishido in diesem Sinne dar, soweit sie keine Rechtsverbindlichkeit gegenüber dem Adressaten besitzen. Insofern weist Gyoseishido Gemeinsamkeiten mit den Erscheinungen auf, die seit Jahren in der Bundesrepublik unter dem Stichwort „informales Verwaltungshandeln" Aufmerksamkeit erwecken.

Als ich den Aufsatz veröffentlichte, wurde sowohl in Deutschland als auch in den USA noch sehr selten über die Rechtsprobleme derartigen „informalen Verwaltungshandelns" diskutiert, obwohl dies in Japan schon längst eines der Spitzenthemen der Verwaltungsrechtswissenschaft war. Folglich legte ich den Schwerpunkt meines Aufsatzes darauf, die Besonderheiten von Gyoseishido als eine Handlungsweise der japanischen Verwaltung denjenigen Lesern zu erklären, die bisher solch ein Verwaltungshandeln kaum kennengelernt hatten. Inzwischen ist es aber zumindest unter den Verwaltungsrechtlern der Bundesrepublik Deutschland fast eine Mode geworden, über die Handlungsformen der Verwaltung und vor allem über das „informale Verwaltungshandeln" zu reden. Auch in den USA ist inzwischen eine sehr wichtige und interessante Analyse über den japa-

nischen Gyoseishido veröffentlicht worden, und zwar mit Prof. Michael K. Youngs Aufsatz *Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan*, veröffentlicht in „Columbia Law Review" 1984.

Angesichts dieser Entwicklungen könnte es interessant sein, dieses Thema wieder aufzugreifen, und aus heutiger Sicht nochmals zu untersuchen. Dabei möchte ich mich bemühen, deutlich zu machen, worin die Besonderheiten dieses Problemkreises in Japan liegen. Hierbei will ich versuchen, einen Vergleich zu ziehen zum Stande der Diskussion über das „informale Verwaltungshandeln" in der Bundesrepublik Deutschland, soweit ich diese überblicke.

II

1

Wie ich bereits oben erwähnt habe, besteht die Gemeinsamkeit der Maßnahmen, die in Japan als Gyoseishido bezeichnet werden darin, daß sie keine Rechtsverbindlichkeit gegenüber dem Adressaten haben. Insoweit bleibt Gyoseishido nach der überlieferten Lehre des japanischen Verwaltungsrechts eigentlich nur ein rechtliches „Nichts".

Unter dem Einfluß der deutschen Lehre beruht die überkommene Verwaltungsrechtswissenschaft in Japan auf dem europäisch-kontinentalen Rechtsstaatsprinzip. Sie beruht auf dem Begriff des Rechtssatzes und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Demnach dienen die Institute und Theorien des Verwaltungsrechts ausschließlich dem Schutz des Einzelnen gegen Eingriffe der Verwaltung. Erst wenn Rechtsinteressen des Einzelnen beschränkt werden, wird der rechtliche Rahmen der Lehre und der Institute des Verwaltungsrechts berührt. Im übrigen bleibt die Sache im wesentlichen außerrechtlich. Von diesem Standpunkt aus stellt Gyoseishido keinen „Eingriff" der Verwaltung in die „Rechtssphäre" des Privaten dar. Es ist keine Ausübung öffentlicher Gewalt, weil dem Adressaten rechtlich Raum bleibt, die Befolgung von Gyoseishido abzulehnen. Da es sich nicht um eine „obrigkeitliche" Maßnahme handelt, gibt es auch keine Notwendigkeit, gegen Gyoseishido ein besonderes Rechtsmittel einzusetzen: alles ist Sache der Parteien. Sie hängt ausschließlich vom Willen und Belieben der Adressaten ab.

2

In Wirklichkeit ist das Problem jedoch nicht so einfach. Gyoseishido besitzt zwar theoretisch keine Rechtsverbindlichkeit, aber tatsächlich erreicht die japanische Verwaltung durch Gyoseishido stets große Erfolge, und zwar u.U. viel größere als durch einen formalen Verwaltungsakt mit der Möglichkeit zwangsweiser Durchsetzung. Betrachtet man nur diese Seite, könnte man denken, daß sich die Fragestellungen in Japan und in Deutschland gar nicht unterscheiden. In der Diskussion in diesem Problembereich zeigen sich heute in beiden Ländern viele Gemeinsamkeiten. Dennoch scheint es mir, zwischen beiden Ländern zumin-

dest hinsichtlich des Schwerpunkts oder der grundsätzlichen Tendenz der Diskussion einen bemerkenswerten Unterschied zu geben. Meines Erachtens hat dieser Unterschied seine Ursache sowohl in dem tatsächlichen als auch in dem kulturell-historischen Hintergrund der Erscheinung „Gyoseishido" in der japanischen Gesellschaft. Darüber werde ich unten noch ausführlicher referieren.

III

1

Zunächst ist zu beachten, daß es in Deutschland in erster Linie das sog. „normvollziehende" informale Verwaltungshandeln ist, das am stärksten die Aufmerksamkeit der Juristen erregt. So definiert z.B. Eberhard Bohne (*Der informale Rechtsstaat* 1981) den Begriff „informal" wie folgt: „'Informal' sind alle rein tatsächlichen Erscheinungen, die zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges auch in den von der Rechtsordnung bereitgestellten Entscheidungsformen hätten ergehen können". Beim normvollziehenden informalen Verwaltungshandeln geht es vor allem darum, ob es unter dem Blickwinkel des Rechtsstaatsprinzips nicht problematisch ist, wenn die Verwaltung anstelle des vom geltenden Gesetz vorgeschriebenen, streng gebundenen, formalen Mittels informale Handlungsweisen benutzt, um sich größere Freiräume zu sichern. Hintergrund dieses Anliegens ist offensichtlich die Klage über das „Vollzugsdefizit", das angeblich von der „Gesetzesflut" im sozialen Rechtsstaat in einer hochindustrialisiert-technisierten Gesellschaft verursacht worden ist.

Auch in Japan findet man in der Verwaltungspraxis solche „normvollziehende" Gyoseishido. So sieht z.B. das japanische *Construction Standards Law* von 1950 Instrumente wie Gebote, einzelne Gebäudeteile abzuändern, Beseitigungsgebote und unter Umständen auch Zwangsmittel gegen rechtswidrige Bauanlagen vor. Diese Mittel werden in der Praxis jedoch kaum eingesetzt. Der Problemlösung durch Gyoseishido wird vielmehr der Vorzug gegeben. Gleichwohl wurde die Frage nach der Rechtsmäßigkeit dieser Alternative des Verwaltungshandelns, bisher nicht als schwerwiegendes Problem angesehen, sofern der Verwaltungsbehörde gesetzlich ein Ermessensspielraum eingeräumt ist.

Wesentlich gravierender ist bei uns die Tatsache, daß Gyoseishido sehr oft nicht „normvollziehend" sondern „normvertretend" eingesetzt wird und dabei große Erfolge erzielt. Mit dem Begriff „normvertretender" Gyoseishido meine ich denjenigen Gyoseishido, der ohne gesetzliche Grundlage den Adressaten Belastungen auferlegt, die manchmal weit über die der bestehenden Gesetze hinausgehen. Über diese Art von Gyoseishido wird in Japan heftig diskutiert und dazu gibt es auch schon eine Menge bemerkenswerte und interessante Rechtsprechung. Darauf komme ich unten zürück.

2

Zweitens scheint mir das wissenschaftliche Interesse in der Bundesrepublik mehr auf das informale Verwaltungshandeln als das Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens gerichtet zu sein als auf dieses Verfahren selbst. Ein gutes Beispiel dafür sind die „Absprachen" zwischen den Verwaltungsbehörden und Privaten. Solche Absprachen binden die Parteien untereinander zwar rechtlich nicht, aber faktisch sehr stark. Solche Erscheinung haben wir auch in Japan. Aber wir nennen dies nicht „Gyoseishido", sondern wir benutzen hierfür einen anderen Ausdruck, nämlich „Kyotei". Auf japanisch bedeutet „Kyotei" etwa „Zusammenbestimmung" oder besser „kooperative Bestimmung", während das Wort Gyoseishido „Leitung" oder „Führung durch ein Verwaltungsorgan" meint.

Es ist also durchaus denkbar und kommt auch sehr oft vor, daß man über „Leitung durch die Verwaltungsorgane", erst zur „kooperativen Bestimmung" kommt. Die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit Gyoseishido bei uns ergeben, beziehen sich im wesentlichen auf diese Phase des Verwaltungsverfahrens. Ich möchte nun diese Problemlage anhand eines typischen Beispiels, nämlich des Baurechts erläutern. Dieses Beispiel steht im Mittelpunkt unserer Diskussion. Nicht zuletzt beschäftigt sich auch Prof. Young in seinem Aufsatz fast zur Hälfte mit der Analyse dieses Beispiels.

3

Aus Zeitgründen möchte ich die Rolle, die Gyoseishido in diesem Zusammenhang spielt, hier nicht ausführlich darlegen. Insoweit darf ich auf andere Schriften, insbesondere auf meinen oben genannten Aufsatz verweisen. Hier möchte ich mich darauf beschränken, nur die oben erläuterte Grundstruktur der Verwaltungstätigkeit in groben Umrissen zu schildern.

Nachdem infolge des raschen Wirtschaftswachstums nach dem 2. Weltkrieg die Bevölkerungskonzentration in den großen Städten zu einem sehr ernsthaften Problem in Japan geworden ist, wurde deutlich, daß die Regelungen durch die bestehenden Gesetze im Bereich des Bau- und Bodenrechts nicht ausreichen, um den Städtebau auf ein erträgliches Niveau zu bringen. Das zeigte sich z.B. in der Unvollkommenheit der Vorschriften, aufgrund derer Maßnahmen gegen Bodenspekulation oder gegen übermäßige Bauvorhaben getroffen werden können oder aber auch im Mangel eines Mittels zur Deckung des immer bedrohlicher gewordenen Finanzdefizits.

Trotz des Fehlens jeder förmlichen Befugnis zum Handeln durch einen Verwaltungsakt haben die meisten Gemeinden das Problem mit Gyoseishido angepackt und in der Tat erstaunliche Erfolge erzielt. Sie legten nämlich als Verwaltungsvorschrift Richtlinien für Gyoseishido zur Beschränkung von unangemessenen Bauvorhaben (sog. „Shidoyoko" – Prof. Young nennt dies auf Englisch *outline guidance,* fest.

Dem Inhalt nach sehen diese Richtlinien im allgemeinen folgendermaßen aus: E r s t e n s legen sie unter mehreren Aspekten (z.B. Mindestgröße des Baugrundstücks, Möglichkeit des Nachbarn zum Zugang zum Sonnenlicht usw.)

Maßstäbe als Voraussetzung der Zulässigkeit des Bauvorhabens fest, die im Gesetz überhaupt nicht zu finden sind oder die bestehenden gesetzlichen Regelungen erheblich verschärfen.

Zweitens beinhalten die meisten Richtlinien eine Klausel, nach der die Gemeinde die Antragsteller von Baugenehmigungen auffordern kann, entweder den Gemeinden Grundstücke für Schulen umsonst anzubieten, oder die Beschaffungskosten der Schulgrundstücke zu übernehmen, wenn aufgrund des Bauvorhabens oder der Errichtung einer Wohnhäusersiedlung ein Zuwachs von Haushalten über eine bestimmte Zahl hinaus vorauszusehen ist.

Drittens sehen die Richtlinien vor, daß die Baugenehmigungsbehörde den Bauherrn auffordern kann, bereits vor Erteilung der Baugenehmigung mit den Baunachbarn eine Einigung über deren Einwendungen gegen das Vorhaben herbeizuführen.

Viertens knüpfen die Richtlinien manchmal an die Unfolgsamkeit der Adressaten gegen den Gyoseishido substantiierte Nachteile wie etwa die Verweigerung der Wasserversorgung usw. Außerdem finden sich gerade in dem Bereich des Baurechts nicht wenige Fälle, in denen die Bauaufsichtsbehörde der Gemeinde ihre Gyoseishido so durchzusetzen versucht, daß sie die vom Bauherrn beantragte Baugenehmigung bis zur Befolgung von Gyoseishido zurückhält. Schließlich ist es auch nicht selten, daß als Folge des aufgrund dieser Richtlinie durchgeführten Gyoseishido eine Absprache zwischen den Bauherrn und der Gemeinde getroffen wird, in der der Bauherr verspricht, entsprechend dem Gyoseishido zu handeln. Was für eine Rechtsnatur diese „Absprache" hat, ist völlig unklar, aber meistens wird sie für rechtlich nicht verbindlich gehalten. Anderes gilt nur für Absprachen, mit denen der Bauherr eine Zahlung bzw. die Übergabe eines Grundstücks für öffentliche Anlagen verspricht. Diese werden nämlich als formale Verträge behandelt.

4

Nun ist es freilich eine schwierige Frage, ob ein solches Vorgehen der Behörde nicht gegen das Gesetz (z.B. das *Construction Standards Law*) und das allgemeine Rechtsstaatsprinzip verstößt. In der Tat werden manchmal die Streitigkeiten zwischen Bauherrn und Bauaufsichtsbehörde (bzw. Gemeinde) sogar vor Gericht gebracht, und bisher haben die japanischen Gerichte in diesem Problembereich sehr interessante Lösungen aufgezeigt. Im nächsten Absatz möchte ich mich mit der Analyse dieser Entscheidungen befassen.

IV

Streitigkeiten zwischen dem Bauherrn und der Verwaltung in diesem Bereich kommen im wesentlichen in dreifacher Art vor.

1

Zum einen handelt es sich um Klagen des Bauherrn, der Gyoseishido nicht befolgt hat und dem infolgedessen von der Gemeinde z.B. die Wasserversorgung verweigert worden ist, gegen die Gemeinde auf eine gesetzmäßige Wasserversorgung. Nach dem japanischen Wasserversorgungsgesetz darf die Gemeinde den Antrag eines Bewohners auf Abschluß eines Wasserversorgungsvertrages nicht ablehnen, wenn für die Verweigerung der Wasserversorgung kein „richtiger Grund" vorliegt. In diesem Fall dreht sich die Diskussion folglich darum, ob man die Ungehorsamkeit gegen den Gyoseishido schon als einen „richtigen Grund" im Sinne des Wasserversorgungsgesetzes ansehen kann. Die interessante Auseinandersetzung über diese Frage, die sich bisher in japanischen Juristenkreisen entwickelt hat, kann ich hier leider aus zeitlichen Gründen nicht weiter darlegen.

2

Anderen Rechtsstreitigkeiten vor Gericht liegt eine Klage des Bauherrn gegen die Gemeinde zugrunde, mit der die Rechtswidrigkeit der Zurückhaltung der Baugenehmigung als mittelbares Zwangsmittel zur Durchsetzung des Gyoseishido geltend gemacht wird. Da im japanischen Recht eine unmitelbare Verpflichtungsklage gegen die Verwaltungsbehörden praktisch nicht zugelassen wird, wird in diesen Fällen meist eine Staatshaftungsklage gegen die Gemeinde erhoben.

Nach dem japanischen *Construction Standards Law* (§ 6 Abs. 3) hat die Bauaufsichtsbehörde innerhalb einer bestimmten Frist (grundsätzlich 3 Wochen) zu entscheiden, ob der Antrag der Baugenehmigung zugelassen oder abgelehnt werden soll. Wie oben schon erwähnt, behält sich die Behörde dennoch manchmal die Entscheidung über den Antrag vor, und zwar mit dem Ziel, ihr Gyoseishido gegen den Bauherrn durchzusetzen. In Japan ist es unstreitig, daß die Baugenehmigung nach dem *Construction Standards Law* ein gesetzlich gebundener Verwaltungsakt ist. Die zuständige Behörde kann also nicht nach ihrem Ermessen über den Antrag eines Bauherrn entscheiden. Nach der herrschenden Lehre ist allen diesen Klagen zweifellos von den Gerichten stattzugeben. Gleichwohl hat z.B. das Landgericht Tokyo bereits im Jahre 1977 hier anders entschieden, und, was sehr beachtenswert ist, diese Entscheidung des Landgerichts Tokyo wurde von der Rechtsprechung der unteren Gerichte weithin unterstützt und sogar zum Teil noch weiter ausgedehnt.

Das Urteil des Landgerichts Tokyo hat sich zwar einerseits der überkommenen Lehre angeschlossen, daß die Baugenehmigung nach dem *Construction Standards Law* ein gebundener Verwaltungsakt sei, und daß die Antwortfrist nach § 6 Abs. 3 des Gesetzes für die Behörden verpflichtend sei; andererseits aber hat es anerkannt, daß diese Vorschrift nicht eine ausnahmslose, unbedingt geltende Regel darstelle, sondern das Zurückhalten einer Entscheidung nicht als rechtswidrig beurteilt werden dürfe, wenn man dafür einen, dem gesunden Gerechtigkeitsgefühl entsprechenden „richtigen Grund" anführen könnte. Das Gericht hat weiter ausgeführt, daß ein solcher „richtiger Grund" auch dann anzunehmen sei, wenn zwischen einem Bauherrn und seinem Nachbarn über das Bauvorhaben eine „Baustreitigkeit" aufgekommen sei und die Gemeinde oder Bauaufsichtsbehörde

mittels Gyoseishido die Streitigkeit zu lösen versuchte, soweit Gyoseishido in einer angemessenen Form mit Ernsthaftigkeit eingesetzt werde, und wenn man dadurch eine „glatte, harmonische Lösung der Streitigkeit" erwarten könne.

An diesem Beispiel kann man erkennen, daß der Durchsetzung von Gyoseishido u.U. ein Vorrang vor der gesetzlich festbestimmten Antwortfrist eingeräumt wird, und zwar mit dem Ziel, eine „glatte, harmonische Lösung der Streitigkeit zwischen den Beteiligten" zu erreichen. Das Gericht hat damit anerkannt, daß das Verlangen nach Harmonie unter den Beteiligten u.U. der Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung vorgehen soll. Übrigens ist auch darauf hinzuweisen, daß das Gericht den Schwerpunkt mehr auf die „angemessene Form mit Ernsthaftigkeit" gesetzt hat als auf die Richtigkeit des Inhalts von Gyoseishido. Dies eben deshalb, weil es in erster Linie nicht um den Schutz des gesetzlichen Rechts des Bauherrn, sondern um die Erreichung von „Harmonie" unter den Beteiligten gegangen ist.

In einem ähnlichen Fall hat auch der Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 16. 7. 1985 das Zurückhalten der Baugenehmigung zwar zunächst für nicht rechtswidrig gehalten, aber gleichzeitig erwähnt, daß dies nur insoweit gelte, als der Bauherr freiwillig dem Gyoseishido entgegenkomme. Wenn er sich aber einmal entschieden und klar und ernsthaft erklärt habe, daß er insoweit nicht mehr Gyoseishido befolgen könne, als die Baugenehmigung weiter zurückgehalten werde, dann könne die Behörde nicht mehr die Genehmigung nur wegen des Versuchs der Lösung der Baustreitigkeiten durch Gyoseishido weiter zurückhalten. Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß die Entscheidung auch hinsichtlich dieser Überlegungen einen Vorbehalt enthält. Die Weigerung des Bauherrn, Gyoseishido zu befolgen, ist dann nicht beachtlich, wenn – ich zitiere – „[...] ein besonderer Umstand vorliegt, auf Grund dessen man bei einer gleichgewichtigen Interessenabwägung zwischen den beiden Parteien (dem Privatinteresse des Bauherrn einerseits und dem sich im Gyoseishido verköperten öffentlichen Interesse andererseits) die unkooperative Haltung des Bauherrn nach dem gesunden, gesellschaftlichen Gerechtigkeitsgefühl für gegen die Gerechtigkeitsidee verstoßend halten kann".

Man könnte diese Rechtsprechung unter verschiedenen Gesichtspunkten bewerten. Hier möchte ich vor allem darauf hinweisen, daß in diesen Entscheidungen immer die Bewertung des Verhaltens der beiden Parteien eine viel größere Rolle spielt als die materiellrechtliche Gesetzmäßigkeit oder Richtigkeit des Anspruchs. So geht es in diesen Urteilen immer entscheidend darum, ob sich die Parteien in einer „angemessenen Form" und „ernsthaft" sowie „dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechend", „nicht egoistisch" verhalten haben. In diesem Sinne könnte man vielleicht sagen, daß die Rechtsfragen um den Gyoseishido in Japan mehr auf einen besonderen Rechtsgedanken des Verfahrens gerichtet sind als auf die materiellrechtliche Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, und in der Tat die Sache vornehmlich von diesem Gesichtspunkt beurteilt wird. Diese verfahrensrechtlichen Gedanken sind zwar nicht schriftlich niedergelegt, jedoch werden sie vom „gesunden Gerechtigkeitsgefühl der Gesellschaft" anerkannt. Das Verlangen nach „Ernsthaftigkeit", „Bescheidenheit", „glatter Problemlösung" und „Harmonie" etc. stellen die wesentlichen konstitutiven Momente dieses Rechtsgedankens dar. Diese bilden eben das konstitutive Element des japanischen *nature of justice.*

3

Lassen Sie mich nun die Fragen noch von einer anderen Richtung aus betrachten, und zwar anhand der Streitigkeiten um die Absprachen, die zwischen Bauherren und Gemeinde als das Ergebnis von Gyoseishido geschlossen werden. Wie oben erläutert, werden diese Absprachen, zumindest soweit es um eine Geldzahlung oder die Übergabe eines Grundstücks geht, in den meisten Fällen für einen formalen Vertrag gehalten. Bei dieser Qualifikation der Absprachen entsprechen sie im wesentlichen dem Folgelastenvertrag im deutschen Sinne.

Es gibt manche Fälle, in denen die Gemeinde aufgrund dieser Absprachen die Bauherren auf Zahlung des versprochenen Geldes verklagt, die Beklagten jedoch die Zahlung mit der Begründung ablehnen, die Absprachen seien ungültig. Insoweit gleicht die Problemlage fast der in Deutschland. Mir scheint aber, daß man auch hier noch einen Unterschied zwischen den beiden Ländern feststellen kann. In Japan wird nämlich in diesen Fällen meistens darüber gestritten, ob der Bauherr freiwillig den Vertrag geschlossen hat, oder ob er z.B. durch Drohung seitens der Behörden dazu gezwungen worden ist. Es gibt tatsächlich Fälle, in denen das Gericht entweder Drohung (wenn nicht schon Erpressung) oder doch eine Form von Zwang durch die Behörden angenommen hat.

Das bedeutet also, daß es den Parteien mehr darum geht, ob das Verfahren bis zum Abschluß des Vertrages richtig durchgeführt worden ist, mit anderen Worten, ob der Gyoseishido gerecht ausgeübt worden ist, als um die Frage, ob der Inhalt des Vertrages dem materiellen Recht entspricht. Im Gegensatz dazu scheint mir, daß man sich in der Bundesrepublik in solchen Fällen kaum darüber streitet, ob man freiwillig zum Abschluß des Vertrages gekommen ist. Gestritten wird immer nur darüber, ob der Vertrag gegen das Gesetz (z.B. das BauGB) oder das allgemeine Rechtsstaatsprinzip (z.B. Koppelungsverbot) verstößt. Soweit man einen Vertrag geschlossen hat, wird es als selbstverständlich vorausgesetzt, daß der Vertragsschluß freiwillig erfolgt ist. In Japan ist hingegen die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses die als erste zu prüfende Frage.

Man findet im deutschen Schrifttum manchmal folgenden Satz: „Die Absprache als eine informale Verwaltungshandlung liegt in der Grauzone zwischen (faktischer) Verbindlichkeit und (rechtlicher) Unverbindlichkeit". In japanische Verhältnisse umgesetzt, könnte dieser Satz lauten: „Die Absprache oder der Vertrag als ein Ergebnis von Gyoseishido schwebt in der Grauzone zwischen Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit". Dies ist eben das Charakteristikum der Rechtsprobleme in Japan.

V

1

Das oben Erläuterte zeigt, daß die Grundidee von „Harmonie" oder von „unkomplizierten Beziehungen zwischen Menschen" in diesen Fällen für die Lösung der Streitigkeiten maßgeblich war. Diese Idee wurzelt im ganzen japa-

nischen Gesellschaftsleben so tief und fest, daß sie uns manchmal selbst nicht mehr klar bewußt ist. So gibt es im Japanischen ein sehr geläufiges Wort „Nemawashi". Dieses Wort hat seinen Ursprung eigentlich im gärtnerischen Bereich und bedeutet in etwa „Wurzeln im voraus rund abschneiden". Wenn man nämlich einen großen Baum umpflanzen will, geht er schnell ein, wenn man dies ohne Vorbereitung in einem Zuge durchführt. So schneidet der Gärtner die kleinen Wurzeln im voraus schon im späten Herbst rund ab, und erst im Frühjahr verpflanzt er das Gewächs. Mit diesem Wort „Nemawashi" drückt man in Japan jede Art von informalem Vorverfahren aus, egal ob bei einer politischen, verwaltungsmäßigen oder ganz privaten Entscheidung, sogar auch bei einem Beschluß in der Professorenkonferenz. Gyoseishido stellt eben eine Art von diesem „Wurzeln im voraus rund abschneiden" dar.

Von dieser Hauptidee „Harmonie" lassen sich konkret noch verschiedene andere Verhaltensnormen ableiten, wie z.B. „verhalte dich wie alle anderen". Darüber habe ich in meinem Aufsatz 1981 geschrieben. Auf jeden Fall möchte ich hier darauf hinweisen, daß alle diese Ideen oder Gesellschaftsnormen von vornherein mehr auf „Streitvorbeugung" oder „Streitvermeidung" zielen, als auf „Streitlösung". Mit anderen Worten, die traditionelle informale Rechtskultur in der japanischen Gesellschaft hat ihre Eigenschaft eben darin, daß sie im wesentlichen eine „Streitvorbeugungskultur" ist. Im Gegensatz dazu zeigt sich das europäische formale Rechtsstaatsprinzip in erster Linie als das Produkt einer „Streitkultur". Dort wird von vornherein vorausgesetzt, daß Menschen untereinander streiten und sogar vielleicht auch streiten müssen, wenn ihre Interessen verletzt oder benachteiligt werden. Zu streiten ist dort keine Untugend. Vielmehr muß man unter Umständen für sein Recht kämpfen. Um einmal entstandene Streitigkeiten eindeutig lösen zu können, braucht man selbstverständlich ein formales, fest umrissenes Rechtssystem. In der japanischen traditionellen Rechtskultur ist das Verhältnis völlig umgekehrt. Für seine eigenen Interessen offenkundig zu streiten, sieht man in Japan als etwas Unmoralisches und Scheußliches an. Es stellt sich immer gleich die Frage, warum solchen Streitigkeiten nicht vorgebeugt wurde. So hätte z.B. ein Angestellter bei einer Firma oder einer Verwaltungsbehörde keine Chance mehr auf eine künftige Beförderung, wenn er bei seinen Geschäften mit einer anderen Firma oder mit Privaten in Konflikt geraten ist, weil er sich nicht als fähig genug erwiesen hat, solche Reibungen mit anderen zu vermeiden. Dies gilt völlig unabhängig davon, ob sein Verhalten rechtlich einwandfrei ist.

2

Nun stellt sich die Frage, ob es nicht zu einer Kollision kommt, wenn diese beiden, sehr heterogenen Rechtskulturen – das Rechtsstaatsprinzip einerseits und die „Streitvorbeugungskultur" andererseits – gleichzeitig nebeneinander bestehen wie in Japan, und wie einem solchen Konflikt zu begegnen ist. Dies sei hier nochmals anhand der oben dargestellten Baustreitigkeitsfälle untersucht.

Die Frage läßt sich wie folgt zusammenfassen: Was geschieht mit dem von *Construction Standards Law* geschützten Rechtsanspruch des Bauherrn, wenn die Gerichte, wie oben erläutert, eine „glatte, harmonische Lösung der Streitig-

keit" vorziehen und aufgrund dieser die eigentlich als illegal zu beurteilende Zurückhaltung der Baugenehmigung für nicht rechtswidrig halten? Ein offenkundiger Widerstand gegen Gyoseishido wird in der oben geschilderten „harmonie-"orientierten Rechtskultur grundsätzlich nicht als angemessen bewertet. Im allgemeinen fühlt sich auch der Bauherr in solchen Fällen psychisch sehr der gesellschaftlichen Verhaltensnorm verbunden. Wenn ein Privater es jedoch wagt, sich trotz aller Anerkennung des innerlichen Zwangs zu widersetzen und seinen vom Gesetz geschützten Rechtsanspruch vor dem Gericht zu vertreten, muß dann nicht ein rechtsstaatlicher Rechtsschutz umfassend gewährleistet werden?

So hat der Oberste Gerichtshof 1985, wie oben schon ausgeführt, das Zurückhalten der Baugenehmigung zwar zuerst für nicht rechtswidrig gehalten, aber gleichzeitig erwähnt, daß dies nur insoweit gelte, als der Bauherr freiwillig dem Gyoseishido entgegenkomme. Dieser Gedankengang des Obersten Gerichtshofs entspricht fast demjenigen, den ich schon in meinem Aufsatz von 1981 zum Ausdruck gebracht habe.

3

Heute bin ich aber ein bißchen unsicher, ob die Frage so einfach bleiben kann. Wenn die Problemlösung auf solche Weise vom Willen der Betroffenen abhängt, dann kommt es unvermeidlich darauf an, wie man den echten Willen der Betroffenen feststellen kann. Aber wie ich schon oben anhand des Beispiels der Streitigkeit um die Gültigkeit des Folgelastenvertrags als das Ergebnis von Gyoseishido ausgeführt habe, schwebt die Rechtsfrage bei Gyoseishido im wesentlichen in der Zone zwischen „Freiwilligkeit" und „Unfreiwilligkeit". In diesen Fällen wurde von den Gerichten im einen Fall irgendeine Form von Zwang der Behörden und folglich auch die Nichtigkeit des Vertrages festgestellt, im anderen Fall wurden solche Feststellungen nicht getroffen. Tatsächlich bestehen aber bei den Sachverhalten dieser Fälle nicht so große Unterschiede, wie es auf den ersten Blick aussieht.

Dies weckt den Zweifel, ob es überhaupt möglich oder mindestens angemessen ist, die Streitigkeiten um Gyoseishido oder diesbezügliche Erscheinungen nur mit der Dichotomie, wie z.B. „frewillig" oder nicht, „Bedrohung" oder nicht, „Zwang" oder nicht, zu lösen. Normalerweise rechnen beide Seiten, Verwaltungsbehörde und Privater, nicht damit, daß die Angelegenheit vor Gericht gebracht und nach der Rechtsvorschrift beurteilt wird. So weiß der Private selbst auch nicht sicher, ob er den Vertrag „freiwillig" geschlossen hat oder nicht. Der Vertragsschluß liegt wohl sowohl aus der Sicht des Privaten als auch der Behörde zwischen Freiwilligkeit und Handeln unter Zwang. Wenn das Gericht angerufen wird, muß es jedoch eindeutig entscheiden, do der Vertrag freiwillig oder unter Druck geschlossen wurde. Zwischenräume zwischen diesen beiden Kategorien gibt es nicht.

VI

Aus den oben erläuterten Gründen denke ich im Augenblick, ob es vielleicht nicht viel sachgemäßer wäre, wenn es außer dem gerichtlichen Verfahren irgendein „Mediationssystem" auch in diesem Bereich gäbe, bei dem der Mediator die Sache nicht ausschließlich vom rechtlichen Gesichtspunkt erledigt, sondern die sachlichen Umstände der beiden Parteien gut versteht und mit ihnen zusammen einen angemessenen Mittelweg sucht. In Japan hat man schon ein weltberühmtes förmliches Institut von Mediation im Bereich des Zivilrechts. Im Bereich des Verwaltungsrechts gibt es jedoch außer der förmlichen Verwaltungsbeschwerde (dabei ist allerdings vorausgesetzt, daß es um einen Verwaltungsakt geht) nur ein ganz formloses Institut der „Behandlung des Murrens", die nur als Service „spontan" von einer Verwaltungsstelle durchgeführt wird. Da aber auch letztere in der geltenden Form nicht so wirkungsvoll ist, wenden sich die Privaten oft an einen Politiker, damit dieser bei Schwierigkeiten mit den Verwaltungsbehörden vermittelt. Dies ist aber auch eine sehr gefährliche und ungesunde Lösung und erzeugt manchmal den Boden für politische Skandale. Zur Zeit erscheint es mir also empfehlenwert, daß man zuerst versucht, das oben genannte Institut der „Behandlung des Murrens" sowohl organisatorisch als auch funktionell weiter zu verbessern und zu einer Mediationsstelle im oben dargestellten Sinn auszubauen.

VII

Damit komme ich zum Schluß meines Beitrages, allerdings mit einem Vorbehalt. Meine Betrachtungen sind nur als ein hypothetischer Versuch zu verstehen, einen Anhaltspunkt für die weitere Entwicklung der rechtstheoretischen Diskussion zu finden. Zu diesem Zweck habe ich alles sehr schematisch, fast allzu schematisch, geschildert. Genau gesehen ist die Praxis viel komplizierter und konturloser. Ich war z.B. sehr beeindruckt, als ich in einer neueren deutschen Schrift einen Satz mit ungefähr folgendem Inhalt gelesen habe: „Wer sich einmal in einer kooperativen Beziehung mit einem anderen findet, kommt selten zu einem Streit mit dem letzteren". Dies ist doch gerade die Erkenntnis, die in der japanischen Gesellschaft hundert Jahre lang als selbstverständlich gegolten hat. Das Problem ist, was aus diesem empirischen Befund im rechtsnormativen Bereich wird. Wir haben in Japan bereits einige Erkenntnisse, wie ich oben dargelegt habe. Wie es in Deutschland aussieht, ist für mich eine sehr interessante, aber noch nicht hinreichend geklärte Frage.

STRESZCZENIE

Przedmiotem opracowania jest szczególny środek działania współczesnej administracji w Japonii nazywany *gyoseishido*. Większość definicji charakteryzuje tę formę działania jako formę stojącą obok prawa lub wprost poza prawem (prawnicze „nic"). W praktyce *gyoseishido* przybiera nazwy zalecenia, rady, rekomendacji, ostrzeżenia itp. Duża częstotliwość posługiwania się tą instytucją oraz jej olbrzymie znaczenie praktyczne dla rozwoju gospodarczego Japonii, zwłaszcza po II wojnie światowej, to główne powody narastania liczby analiz naukowych z nią związanych.

W Japonii panuje idea państwa prawnego. Wynika z niej zasada obrony jednostki przed naruszeniami prawa ze strony organów administracji. Dotyczy to jednak działań przewidzianych przez prawo. Jak jednak traktować takie działanie, gdy pojawia się ono w formie „jedynie" *gyoseishido*, instytucji zwyczajowej, a ponadto formalnie nie wiążącej adresata? Całą sprawę komplikuje fakt, że faktycznie te zalecenia są przestrzegane i to niejednokrotnie z większym przekonaniem niż to ma miejsce w prawie. Zdają sobie doskonale z tego sprawę decydenci. Na przykład niewystarczalność regulacji prawa dostępu do światła słonecznego, które przysługuje według przepisów prawnych każdemu posiadaczowi domu w miastach, spowodowała działanie administracji w celu realizowania tego prawa w drodze *gyoseishido*. Działanie było niezwykle skuteczne. Podobnie brak prawnych możliwości zobowiązania obywateli przez organy gminy do łożenia finansowego na budowę i funkcjonowanie szkół skutecznie został wypełniony w niektórych miejscowościach przez oddziaływanie gminy właśnie poprzez *gyoseishido*.

Odpowiedź na pytanie, dlaczego *gyoseishido* odgrywa w Japonii tak znaczącą rolę, nie jest jednoznaczna, dlatego wskazuje się na przyczyny praktyczne oraz kulturowo-socjologiczne. Do przyczyn praktycznych należy niewątpliwie obawa adresata, że w przypadku niezastosowania się do zalecenia spotka się z negatywną reakcją decydenta, swoistym rewanżem (np. odmową podłączenia do ujęcia wody budowniczego domu, który nie zastosował się do wcześniejszego *gyoseishido* wydanego przez urząd budowlany). Takim środkiem jest też fakt podania do publicznej wiadomości nazwisk osób uchylających się od przestrzegania zaleceń (swoisty strach przed wstydem rozumianym jako zwrócenie na siebie uwagi innych). Z przyczyn kulturowo-socjologicznych podnosi się kwestię specyficznego poczucia moralności, która nakazuje członkom tego społeczeństwa unikanie sytuacji konfliktowych lub niewystępowanie przeciwko drugiej stronie sporu, gdy taka sytuacja już powstanie. Stąd zresztą niechęć do wnoszenia spraw do sądu w ogóle, a przeciwko administracji państwowej w szczególności. Dominuje tu zresztą postawa współdziałania z innymi (także z administracją), a znaczenie nakazu „czyń tak, jak czynią wszyscy inni" powoduje napięcie na linii: normy społeczne – zasady państwa prawnego. Mimo iż w Japonii obowiązuje zasada, że ustawa ma pierwszeństwo, to tendencja do preferowania norm społecznych w praktyce jest wyraźna. Znajduje swoje urzeczywistnienie chociażby w dopasowywaniu interpretacji przepisów przez sąd do treści *gyoseishido* i w konsekwencji w wydawaniu decyzji pozytywnych dla organu administracyjnego wydającego zalecenie. Przykładem może być rozstrzygnięcie w sprawie zalecenia wydanego przez urząd budowlany. Sąd tokijski uznał w nim, iż nie można traktować z góry przepisu prawnego jako bezwyjątkowego i bezwzględnie wiążącego organ administracyjny i że trzeba widzieć całą sytuację w perspektywie zdrowego poczucia sprawiedliwości, które skłania do przyznania racji organowi, gdy zalecenie przezeń wydane prowadzi do harmonijnego rozwiązania konfliktu. Można zatem powziąć przekonanie, iż preferencja *gyoseishido* jest w praktyce wyraźna.

Obserwacja życia społecznego i gospodarczego w Japonii rzeczywiście prowadzi do wniosku, że obecnie *gyoseishido*, jako środek nieformalny, pełni poważną rolę w organizacji porządku społecznego. Zdania co do przyszłości tej instytucji mogą być podzielone. Zwiastunem zmiany jest orzeczenie Sądu Najwyższego z r. 1985, mówiące wyraźnie, że *gyoseishido* może być bezprawne, a bezprawność wyłączona jest tylko wtedy, gdy jest ono przyjęte dobrowolnie. Odrzucenie zaś zalecenia przez adresata nie może powodować dalszego nalegania urzędu na jego realizację. Kierunek ewolucji nie jest jednak jednoznaczny. Trzeba bowiem brać pod uwagę tradycyjne elementy świadomości społecznej, które nie pozwalają na przykład na jednoznaczne określenie kryteriów dobrowolności przyjęcia *gyoseishido*. Pewną szansą zmiany praktycznej mogłaby być rozpowszechniona w japońskim procesie cywilnym instytucja mediacji. Zastosowanie jej także w ewentualnym sporze obywatela z organem administracyjnym nie naruszałoby bowiem podstawowych cech kulturowych społeczeństwa japońskiego.